Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

annehmen, daß der im unbedingten Mandatsproceſſe Verklagte nicht befugt iſt, die gegen das unbedingte Mandat in erſter Inſtanz vorzuſchützende Einrede der Beſchleichung, in das Gewand einer Appellation oder Nichtigkeitsbeſchwerde ſofort an den Oberrichter zu bringen, und daß daher Appellationen und Nichtigkeitsbeſchwerden dieſer Art, ſofort von dem Oberrichter zurückgewieſen werden müſſen.

Dagegen ſcheint es gleichgültig, ob die Einrede der Beſchleichung förmlich als Einrede, oder als Nichtigkeitsbeſchwerde bei demſelben Richter eingeführt wird, welcher das unbedingte Mandat erlaſſen hat, wenn nur die erſte Inſtanz beibehalten wird, da auf die bloße Form, in welcher in dieſem Falle, die Rechtsvertheidigung dem zuſtändigen Richter vor Augen gebracht wird, kein beſonderes Gewicht gelegt werden darf.

XXI.

Noch ein Wort zur Vertheidigung des fingirten Zugeſtändniſſes als Folge der contumacia in non respondendo, inſonderheit bei der erſten Antwort auf die Klage.

Von Herrn Dr. Puchta, Landrichter zu Erlangen.

Der Entwurf der Civilproceßordnung für Bayern (1825) hat in Anſehung des Contumacial-Syſtems nach dem Vorgange der ſächſiſchen, preußiſchen, öſterreichiſchen, würtembergiſchen und badenſchen Proceßgeſetzgebungen eine Abänderung der gemeinrechtlichen und bayeriſchen Beſtimmungen in

dieser Materie vorgeschlagen, indem dessen Verfasser dafür hielten, daß diese Abänderung eine wesentliche Verbesserung des Rechtsganges seyn, und der Verschleppung der Processe so wie den Chikanen der Beklagten kräftig vorbeugen würde. »Wer eine Handlung in der vom Gesetze oder Gerichte be»stimmten Zeit nicht vornimmt, den treffen die Folgen des »Ungehorsams (contumacia) (§. 234). — Diese Folgen sind: »1) der Ungehorsame hat seinem Gegner die durch den Un»gehorsam verursachten Kosten zu erstatten; 2) er wird der»jenigen Mittel zur Verfolgung oder Vertheidigung seines »Rechtes verlustig, die er in der unbenutzt verstrichenen Zeit »hätte gebrauchen können, und es wird sofort nach Lage der »Sache gegen ihn verfahren (235).

Nach dieser allgemeinen Bestimmung ist rücksichtlich der Contumacialfolgen im ersten Verfahren in Ansehung beider Theile, also in Ansehung des Beklagten wie des Klägers folgendes bestimmt:

§. 335. Antwortet der Beklagte innerhalb der angesetzten Frist auf die Klage nicht, so treten gegen ihn die Folgen des Ungehorsams ein: 1) das faktische Vorbringen in der Klage wird als zugestanden angenommen und 2) der Beklagte ist mit allen Einreden präkludirt. —

§. 358. Die Folgen des klägerischen Ungehorsams rücksichtlich der Replik sind: 1) die Thatumstände, welche der Beklagte zu Ergänzung oder Berichtigung des Faktums der Klage vorgebracht hatte, ingleichen die Thatumstände, auf welchen die vorgeschützten Einreden beruhen, werden als zugestanden angesehen; 2) alle Repliken, welche vom Kläger hätten vorgebracht werden können, sind für ihn in diesem Rechtsstreite verloren; 3) die vom Beklagten beigelegten Urkunden, auf die sich der Kläger nicht erklärt hat, gelten als anerkannt.

Es war bei der langen Angewöhnung an andere Grundsätze vorherzusehen, daß diese Bestimmungen, welche die baierische Gesetzvorberathungs-Commission oder die Verfasser jenes Entwurfs nicht ohne die reifste Prüfung in Vorschlag brachten, ihre Gegner finden würden. Darum haben es zwei Mitglieder jener Commission, nach deren Auflösung — in zufälliger Uebereinstimmung und ohne alle Verabredung — für sachgemäß erachtet, dem Publikum die Gründe dieses strengern Contumacialsystems vorzulegen, nämlich der k. bayer. Oberappellationsgerichtsrath Dr. von Stürzer zu München und der Verfasser dieses Aufsatzes; jener in diesem Archiv VIII. S. 395. ff. und dieser in seiner Schrift: über die bürgerliche Rechtspflege und Gerichtsverfassung Bayerns. S. 42. ff.

Gegen dieses neue Contumacialverfahren und zur Vertheidigung des ältern hat Geheimerath Mittermaier im Archiv IX. S. 139. ff. während er »die meisten der von »St. und P. angegebenen Rechtfertigungsgründe vom höchsten Gewicht« findet, zu den früher, in der Schrift: der gem. deutsche Proceß II. S. 93. ff. ausgeführten Gründen nachtragsweise noch einige neue Gesichtspunkte zur Prüfung aufgestellt. Daß es wohl nicht leicht eine Proceß-Rechtsbestimmung geben kann, wobei Wohl oder Wehe der Rechtsuchenden mehr betheiligt wäre, als bei der gegenwärtigen, so kann kein Beitrag für überflüssig gehalten werden, der irgend dazu dienlam ist, Wahrheit von Schein zu unterscheiden, und es sollen also die fraglichen Bedenken nun näher geprüft, im übrigen aber ad priora sich bezogen werden.

Zuvörderst gehen diese Bedenken zunächst nur gegen das Präjudiz der fingirten affirmativen Litiscontestation, also nicht gegen die angenommenen Contumacialfolgen überhaupt, sondern nur auf den Rechtsnachtheil der unterlassenen ersten Antwort des Beklagten. Es müßte aber consequent (und dieß ist wohl auch am Ende die Meinung) der Tadel das

ganze System treffen. Denn es ist kein Grund einzusehen, warum der nicht replicirende (auf die peremtorischen Einreden nicht antwortende) Kläger schlechter gehalten seyn sollte, als der nicht excipirende (auf die Klagfacta sich nicht einlassende) Beklagte. Hinweggesehen indessen darüber, so sollen für jetzt die neuen Bedenken nur in dieser beschränkten Beziehung auf die bei der eigentlichen Litiscontestation begangene Contumacia betrachtet werden. Selbige reduziren sich kürzlich auf folgende:

I. daß eine mangelhafte Klage für den Beklagten häufig Versuchung werden könne, nicht zu antworten:

II. daß es oft unzubeseitigende physische oder moralische Hindernisse gebe, welche die scheinbare contumacia veranlassen, und wo hernach doch mit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geholfen werden müsse;

III daß die Strafe des Eingeständnisses und des Verlusts der Einreden wenigstens nicht das absolute Präjudiz in allen Fällen, sondern dem richterlichen Ermessen hier mehr Freiheit in Bezug auf das Aussprechen der Contumacialstrafen vorbehalten seyn sollte.

Es hält nicht schwer, zu zeigen, daß diese Bedenken mehr durch die Auctorität ihres Urhebers als durch sich selbst gewichtig sind.

Ad I. Fürs erste muß man als Bedingung jedes ordnungsmäßigen Verfahrens die Regel voranstellen: mangelhafte Klagen sollen durchaus nicht über die Gerichtsschwelle gelassen werden: jede Klage soll vielmehr gehörig substantiirt seyn. Sie soll (und so fordert es der Entwurf §. 324. et remissive) 1) die bestimmte Angabe aller Thatumstände enthalten, wodurch der Anspruch begründet werden will; 2) die Angabe des Rechtssatzes, worauf sich die Klage gründet; 3) ein folgerecht aus den Thatumständen und dem Rechtssatz hervorgehendes Petitum. Gründet sich dabei die Klage auf Urkunden, so sind diese sofort der Klagschrift beizulegen.

(§. 324). Dieß iſt alſo alles, was man nur immer von einem vollſtändigen Klaglibell erwarten kann, und es kann daraus der Beklagte alles, was von ihm gefordert wird, und aus welchen Gründen entnehmen. Mehr verlangt auch, genau genommen, die preuß. Proceßordnung nicht, wenn ſie (im 1. Th. 5. Titel §. 17.) beſtimmt:

> eine jede Klage muß enthalten: 1) eine deutliche, vollſtändige und zuſammenhängende Erzählung des facti, in welchem der Kläger ſeinen Anſpruch gründet; 2) eine vollſtändige und beſtimmte Anzeige der zum Beweiſe dieſes facti vorhandenen Mittel, welche wenn es Urkunden ſind, im Original oder Abſchrift beizulegen, wenn es aber Zeugen ſind, dieſelben nach ihrem Namen, Stande, Charakter und Aufenthalte genau zu bezeichnen ſind; 3) einen der Sache und der Intention des Klägers gemäßen, deutlichen und beſtimmten Antrag, aus welchem mit hinlänglicher Gewißheit entnommen werden kann, was eigentlich der Kläger von dem Beklagten fordert.

Wenn alſo geſagt wird: das fragliche ſtrenge Contumacialſyſtem laſſe ſich nur dann rechtfertigen, wenn die Geſetzgebung wie die preußiſche die nothwendige Anticipation des Beweiſes vorſchreibe, weil man alsdann annehmen könne, »daß die Summe der vom Kläger angegebenen Beweismittel den Beklagten von ſeinem Unrecht überzeugt, und ſein Schweigen ſomit als ein Zugeſtändniß des Gewichts der Beweiſe gelten könne, während es auf der andern Seite eine faſt willkührliche Vermuthung ſey, das Schweigen auf eine durch nichts erwieſene, gewöhnlich nur flüchtig hingeworfene Klage als Zugeſtändniß zu betrachten«: — ſo iſt hierauf zu erwiedern, daß das preuß. Proceßrecht doch eigentlich ſo wenig von einem mit der Klage anticipirten Beweis etwas weiß, als der bayer. Entwurf und daß es ſich dießfalls von dieſem nur dadurch unterſcheidet, daß es den Kläger verpflichtet, auch über die durch Zeugen zu beweiſenden That-

sachen die Zeugen zu benennen. Der Beweis wird auch im Preußischen nicht mit der Klage geführt, also auch nicht anticipirt; die Beweismittel werden, sofern sie nicht in Urkunden bestehen, nur ganz summarisch angedeutet. Die Beweisführung selbst tritt erst nach aufgenommenem status C. et C. ein. Die Klage nach dem preuß. Rechtsverfahren hat folglich vor der gemeinrechtlichen und der nach dem bayer. Entwurfe nichts voraus. Eine „bloß flüchtig hingeworfene, unvollständig und verworren vorgetragene“ Klage wird kein Richter, der seine Pflicht kennt, zulassen; geschähe es aber dennoch, so würde wohl eher der Beklagte Ursache haben, sich darüber zu freuen und es für ein leichtes Spiel zu halten, mit dem mit solchen Waffen auftretenden Kläger anzubinden, statt daß ihm dabei die Versuchung anwandeln könnte, nicht zu antworten. Wenn aber der Beklagte in der Vorstellung von der vermeinten Grundlosigkeit der Klage nicht geantwortet, und so die Sachfälligkeit sich zugezogen, so mag er die Schuld nur sich selbst beimessen, da er den Willen des Gesetzes und den hiernach in der Ladung eingerichteten richterlichen Befehl mit angehängter Warnung kannte. Mit solchen und ähnlichen Ueberzeugungen oder dünkelhaften Vorstellungen von seinem Recht könnte der Beklagte nicht bloß so, sondern auch auf gar manche andere Weise den Prozeß verlieren; ebenso der Kläger, wenn dieser in der Meinung, daß es ihm ohnehin nicht fehlen könne, seine Sache auf die leichte Achsel nähme, und nur einen Theil seiner Angriffsmittel vorbrächte, die dann etwa der Richter nicht für zulänglich fände.

Wenn eingewendet wird: welche Wirkung es denn habe, wenn einem ad causam nicht legitimirten Kläger die Sache zugesprochen werde? — so kann man wohl hierauf antworten: Keine andere, als diejenige, die eine wirkliche affirmative Litiscontestation und die Nichtvorbringung von Einreden bei derselben hat, die entweder in Irrthum oder Ungeschicklichkeit ihren Grund hat. Wenn A als nicht legitimirter

Erbe eine Schuldforderung gegen B einklagt, und dieser jenen als Erben anerkennt, sey es stillschweigend oder ausdrücklich, sich sonach verurtheilen läßt; so mag er für seinen Leichtsinn oder Unverstand büßen und zweimal bezahlen, wenn ihm sonst nicht mehr zu helfen seyn sollte. Wird ein »völlig unrecht Beklagter belangt, der die ihn nichts angehende alberne Klage nicht beantwortet", so wird er für dieses sein unzeitiges Schweigen, wenn der Kläger sonst in b. f. war, entweder als fictus possessor (qui liti se obtulit) angesehen werden, oder bei einer Personalklage ad interesse sich verhaftet machen. Der Spaß den der Beklagte sich hier mit seinem Gegner und dem Richter macht, kann ihm also theuer zu stehen kommen. Anders kann es aber auch nicht seyn, soll anders nicht die Gegenparthei und der Richter an der Nase herumgeführt werden. Daß aber ein solcher unbefugter Streit für den Dritten, den er eigentlich angeht, keine rechtlichen Folgen hat, ist ja bekannt, mithin auch so nichts zu besorgen.

In dem (Seite 141.) erzählten Fall, „wo ein Vater »ein testamentum parentis inter liberos machte, und mehrere seiner Kinder von der Collation frei sprach, wo dann »ein Sohn, der durch das Testament verlor, statt einfach »auf die Collation gegen die andern Söhne zu klagen, schon »die Replik anticipirte und in der Klage sogleich anführte, »daß das Testament, auf welches sich der Beklagte beziehen »würde, nichtig wäre, indem der Vater es im Anfalle von »Geisteskrankheit verfertigt hätte« — — wird gefragt:

> wenn in diesem Falle der Beklagte im Termin ausgeblieben wäre, ob man im Ernst behaupten möchte, daß die Klage als eingestanden und daher das Testament wegen Geisteskrankheit des Testators als nichtig gelten solle?

Vorausgesetzt, die Klagschrift war hier nicht überhaupt fehlerhaft, so glaube ich, daß es vor allen darauf ankam, was der Grund der Klage des Sohnes gewesen und worauf

das darnach eingerichtete Petitum ging. War dießfalls kein Bedenken vorhanden, so hätte es wohl auch keinen Anstand gefunden, die vorgebrachten Thatsachen in contumaciam als zugestanden anzunehmen, und darauf zu erkennen, was Rechtens, d. h. festzusetzen, was aus den somit als zugestanden anzunehmenden Thatsachen rechtlich folgte, so wie auch der französische Prozeß dem Kläger seine Conclusionen nur zugebilligt, si elles se trouvent justes et bien vérifiées, welch letzteres hier eine Folge des fingirten Geständnisses ist.

Ad II. Alle die billigen Rücksichten, welche ein eintretendes Impediment zu handeln motiviren kann, sind von dieser Theorie nicht ausgeschlossen. Wenn „des Beklagten Frau an dem Tage, wo er hätte erscheinen sollen, mit dem Tode rang“ u. s. w. so wird ihm kein vernünftiger Mensch und kein Richter zumuthen, daß er erscheine; aber er wird nicht nur in einem solchen Fall, sondern selbst bei minder erheblichen Abhaltungen um Verlegung des Termins nachsuchen. Sollte er dieß jedoch auch wegen außerordentlicher Umstände, die selbst die Anbringung eines Terminverlegungsgesuchs verhinderten, unterlassen haben, so wird ihm die Restitution nicht entstehen, und zwar nur von kurzer Hand. Weil er aber in einem solchen Fall doch das Hinderniß bescheinigen muß, so ist, indeß auf der einen Seite ihm nicht zu viel zugemuthet wird, auf der andern Seite auch dafür gesorgt, daß nicht der Kläger der Willkühr seines Gegners Preis gegeben ist. Daß aber im Fall der (doch wohl immer nur ausnahmsweise Statt findenden) Restitution der Kläger „von seinem s. g. papiernen Contumacialurtheil weniger „haben soll, als wenn man ihn sogleich zur Beweisführung gelassen hätte“, kann denn doch so geradezu nicht eingeräumt werden. Es fragt sich vielmehr noch, ob dem Kläger durch das Unternehmen der Beweisführung, worin ohnehin nur eine sehr prekäre Wohlthat liegt, und das nun doch wegen der Wiedereinsetzung des Beklagten vergeblich ist, nicht weit

mehr Verdruß verursacht wird, als durch die vereitelte Freude an dem schnell davon getragenen Siege, bei dem er sich ja doch immer auf die Restitution gefaßt machen mußte, wenn sich sein Gegner dazu eignete.

Ad III. M. will selbst nicht die Strafe des Eingeständnisses und des Verlustes der Einreden aus der Reihe der Contumacialfolgen gestrichen wissen; er glaubt nur nicht, daß es zweckmäßig sey, wenn man sie als absolute Strafe in allen Fällen ausspreche. Je mehr Freiheit dem Gericht in Bezug auf das Aussprechen der Contumacialstrafen ertheilt werde, desto zweckmäßiger sey die Gesetzgebung. — Ich kann mich hievon nicht überzeugen, und finde gerade hier einen von den Fällen, wo es bedenklich scheint, das richterliche Arbitrium zu sehr zu erweitern. Dieses soll überhaupt nur wirksam seyn, in Fällen, wo die gesetzliche Providenz nicht hinreichen kann. Denn es ist und bleibt eine ewige Wahrheit: Das Gesetz ist immer unpartheiisch, gleichdurchgehend und gerecht; die Richter sind dies nicht immer; unzeitiges Mitleiden und die vermeinte Billigkeit — diese reiche Quelle von Ungerechtigkeiten — kann sie oft ungerecht machen, und in einen Zustand von Befangenheit versetzen, der mit dem strengen Recht unvereinbarlich ist, ohne daß sie geradezu der Vorwurf der Partheilichkeit trifft. Ist einmal den Gerichten erlaubt, eine Contumacialstrafe »nach den Umständen« zu diktiren, so erlaubt man ihnen nicht nur den Gesetzgeber im gegebenen Fall, also sogar ad praeteritum zu machen, sondern es wird sich auch bald die gemischteste Praxis selbst in einem kleinen Lande bilden, welche bald zu strenge, bald zu gelind erscheint, je nachdem die Männer sind, die das Richteramt verwalten. Subjective Ansichten und Maximen treten an die Stelle bestimmter Vorschriften, die gelindere Meinung d. h. diejenige, wo man allenfalls am wenigsten sich rechtfertigen zu müssen glaubt, also die bequemere, gewinnt im Zweifel die Oberhand, und die mit dem Roste des Schlendrians allmählich sich überziehende Regelmäßigkeit ist

bald nicht mehr zu erkennen. Wer es weiß, wie leicht es manche Richter nehmen, wie gern ſie nur den Eingebungen des Augenblicks folgen, ſtatt die Unbequemlichkeit der Prüfung über ſich zu nehmen, der muß wünſchen, daß der Vorſchlag von verſchiedenen noch dazu dem richterlichen Ermeſſen überlaſſenen Contumacialwegen keiner Geſetzgebung gefallen möge. Der Richter ſoll hier nicht nach den Umſtänden richten, ſondern nach dem Geſetz, welches die Umſtände vorher zu erwägen hat, und erwägen kann.

Auch die Anſicht der neuern Oldenburgiſchen Proceß-Geſetzgebung, nach welcher der Ungehorſame in die Koſten verurtheilt wird, mit Anſetzung eines neuen Termins unter der Verwarnung, daß er ſeiner Einreden für verluſtig und die Klage für zugeſtanden angenommen werde, — möchte ich nicht zur Nachahmung empfehlen. Dieſes Temperament, welches eine gewiſſe heilige Scheu vor dem Herkömmlichen dictirt zu haben ſcheint, beruht auf keinem ſoliden Grund. Warum ſollte erſt bei wiederholtem Ungehorſam eintreten, was weit zweckmäßiger ſchon die erſte Contumacia zur Folge hat, die das Geſetz zur allgemein verbindlichen Norm erklärt und ſogar der vorladende Richter ſpeciell androht? Männer müſſen nicht wie Kinder behandelt werden, denen man aus Rückſicht für ihre Verſtandesfähigkeiten bei ihrem Ungehorſam zuerſt einen Verweis gibt und nur im Wiederholungsfalle die Ruthe empfinden läßt. Eben ſo wenig wird man mit dem leeren Schreckſchuſſe des Code de procédure de Genève die Forderung einer würdigen Geſetzgebung die das Ernſte ernſt behandelt, befriedigt finden. Das Geſetz und der richterliche Befehl muß vielmehr immer ſtillſchweigend die Schlußclauſel der ehemaligen Kaiſerlichen Gebote enthalten: das meinen wir ernſtlich!

Wer ſich an ſeinem Beweiſe verſäumet, ſeine Appellation deſert werden läßt, mag hinterher noch ſo viel lamentiren; man hört ihn nicht, ſondern hält ihm das Gebot des Geſetzes vor, das doch hier nicht weniger hart iſt als dort.

Denn, nach dem Grundſatze vom präſumtiven Verzicht betrachtet, läßt ſich die Annahme der Entſagung auf die Führung eines Beweiſes, den man führen kann, und der Beruhigung bei einem gravirlichen Richterſpruch, gegen den noch ein Rechtsmittel offen iſt, doch wohl ſo wenig rechtfertigen, als der Verzicht auf die Vertheidigung aus dem Schweigen. Allein das Geſetz hat noch andere Gründe, als dieſe vage Präſumtion, oder vielmehr, indem es aus Rückſichten für das allgemeine Wohl der Streitluſt ein Ziel ſtecken will, ſetzt es einer bloß menſchlichen Vermuthung eine praesumtio juris et de jure entgegen, gebaut auf Vernunftgründe und als wohlthätig beſtätigt durch die Erfahrung.

XXII.

Das neue k. niederländiſche Geſetz über die Organiſation der richterlichen Gewalt und die Juſtizverwaltung, und der neue Entwurf des Geſetzes über Gerichtsverfaſſung und Staatsanwaltſchaft für Baiern. Dargeſtellt mit Bemerkungen über Gerichtsverfaſſung und insbeſondere über Organiſation der Staatsanwaltſchaft.

Von Mittermaier.

Bei allen neuen Geſetzgebungen und den gehäuft auf einander folgenden legislativen Verſuchen im Gebiete des Proceſſes ſpricht ſich die Wahrheit des Satzes immer lauter aus, daß ohne die Umgeſtaltung der deutſchen Gerichtsverfaſſung zwar